

法政大学学術機関リポジトリ

HOSEI UNIVERSITY REPOSITORY

デリバティブと賭博罪の成否(3) 刑事規制と民事救済の交錯

著者	須藤 純正
出版者	法学志林協会
雑誌名	法学志林
巻	110
号	3
ページ	420(1)-376(45)
発行年	2013-02
URL	http://hdl.handle.net/10114/7769

デリバティブと賭博罪の成否 (3)

—刑事規制と民事救済の交錯—

須 藤 純 正

目次

はじめに

第1章 デリバティブの概要

1 意義と特徴

- (1) 意義・経済的機能
- (2) 会計処理
- (3) 信用創造（レバレッジ）効果

2 デリバティブ取引の種類

(1) 総説

(2) 取引形態による分類

- ア 先物取引
- イ 先渡取引
- ウ スワップ取引
- エ オプション取引

(3) 取引場所による分類

- ア 金商法上の「デリバティブ取引」の定義
- イ 商取法上の「商品デリバティブ取引」の定義

(4) 規制法が定める取引類型による分類

- ア 総説
- イ 金商法の規制対象とされる取引類型
 - a 金商法に定めるもの金商法の規制対象から除外されたもの
 - (a) 特定預金等
 - (b) 特定保険契約
 - (c) 特定信託契約
 - b 金融等デリバティブ取引

法学志林 第110巻 第3号

エ 商取法の規制対象とされる取引類型（商品デリバティブ取引）

- a 総説
- b 商品市場における取引（先物取引）
- c 外国商品市場取引
- d 店頭商品デリバティブ取引

オ 上記規制対象から外れるもの

- a 総説
- b 対象外店頭商品デリバティブ取引

第2章 デリバティブ取引に対する規制構造

1 金商法による規制

(1) 総説

(2) デリバティブ取引に対する一般的規制

- ア 総説
- イ 不公正取引の規制
- ウ 風説の流布、偽計、暴行又は脅迫の禁止
- エ 相場操縦行為等の禁止
- オ インサイダー取引の禁止
- カ 金融商品市場の無免許開設の禁止
- キ 市場外の差金取引の禁止とその適用除外

(3) 金融商品取引業者等に対する規制

- ア 業規制の対象
- イ 金融商品取引業から除外される行為
- ウ 金融商品取引業の登録
- エ 外務員登録
- オ 集団投資スキームの業規制
- カ 金融商品仲介業者の登録
- キ 私的取引システム
- ク 罰則

(4) 金融取引業者等の行為規制

- ア 金融取引業者等と一般投資家との間の取引
 - a 取引態様明示義務
 - b 契約締結前書面交付義務
 - c 契約締結時書面交付義務

デリバティブと賭博罪の成否 (3) (須藤)

d 禁止行為

(a) 虚偽告知

(b) 断定的判断提供

(c) 不当勧誘の禁止

e 損失補てんの禁止

f 適合性原則

g 最良執行方針の策定

イ プロ・アマ区分

ウ 金商法の定める行為規制の準用

エ 罰則

a 契約締結前交付書面の不交付罪等

b 損失補てんの罪

2 商取法による規制

(1) 沿革

(2) デリバティブ取引に対する一般的規制

ア 総説

イ 取引における禁止行為

ウ 商品市場類似施設開設の禁止

a 総説

b 適用範囲

(a) 「商品」以外の物品を対象とする先物取引

(b) 「商品市場」以外でなされる先物取引

c 適用除外

(a) 仲間市場

(b) 第一種及び第二種特定商品市場類似施設

エ 商品市場類似施設での取引禁止違反

オ 相場による賭博行為の禁止

(3) 商品先物取引業者に対する規制

ア 業の許可

イ 仲介業の登録

ウ 特定店頭商品デリバティブ取引業者の届出

エ 外務員の登録

(4) 商品先物取引業者の行為規制

法学志林 第110巻 第3号

ア 金融取引業者と一般投資家との間の取引

a 不当勧誘等の禁止

(a) 断定的判断の提供

(b) 損失負担・利益保証

(c) 不招請勧誘

(d) 主務省令で定める禁止行為

b 適合性原則

c 契約締結前書面交付義務

d 説明義務

e 取引態様の事前明示義務

イ プロ・アマ制度

a 特定委託者

b 特定当業者

c 行為規制の適用除外

ウ 罰則

a 無登録業

b のみ行為

3 金融商品販売法による民事救済（顧客保護）

(1) 総説

(2) 金販法の適用対象たるデリバティブ取引

ア 金商法上のデリバティブ取引

イ 差金取引

ウ 政令指定行為

エ 金販法の適用対象外のデリバティブ取引

4 商品先物取引法による民事救済（以上第109巻4号）

第3章 デリバティブをめぐる紛争事例の検討

1 民事裁判例（業者対顧客）

(1) 業規制の及んでいない取引

ア 外国為替証拠金取引

イ ココ・ロンドンまがい取引（海外商品デリバティブ取引）

ウ 小括

(2) 業規制の及ぶ業者と顧客との間の取引

ア 先物取引

デリバティブと賭博罪の成否 (3) (須藤)

- a 外国為替証拠金取引
 - b 詐欺的取引 (海外商品先物取引における「客殺し商法」など)
 - イ スワップ取引
 - ウ オプション取引
 - エ 小括
- (3) 取締法規違反の取引
- ア 具体的事案に即して公序良俗違反を認めた例
 - イ 私法上の効力を認めた例
 - ウ 賭博罪に当たるとした例
 - エ 小括
- 2 民事裁判例 (デリバティブ顧客の内部関係)
- (1) 対債権者
- (2) 対株主
- 3 刑事規制 (業者対顧客)
- (1) 証券取引・商品取引への賭博罪の適用
- ア 歴史的考察
 - a 先物市場の誕生
 - b 取引所法の制定
 - c 取引所法の大正3年改正
 - d 戦後の証券取引法の制定
 - イ 小括
- (2) 不公正取引の処罰
- (3) 詐欺罪の適用 (業者対顧客)
- ア 客殺し商法
 - イ 小括
- 4 刑事規制 (デリバティブ顧客等の内部関係)
- (1) 会社法963条5項3号違反の罪
- ア 裁判例
 - イ 投機取引の罪の歴史的変遷
 - ウ 「会社の目的の範囲外」の解釈
 - エ 「投機取引」の解釈
 - オ 主観的要素
 - カ 賭博行為への本罪適用の有無

キ 小括

(2) 特別背任罪・業務上横領罪

カジノは特別背任か(大王製紙事件)会社法 963 との関係

(3) 証拠隠滅行為の処罰

5 行政処分(以上第110巻第1号)

6 わが国における賭博罪の適用状況

(1) 沿革

(2) ギャンブルの歴史

ア 総説

イ わが国のギャンブルの歴史(明治以前まで)

ウ わが国のギャンブル規制の歴史(明治維新後)

 a 仮刑律～改定律例

 b 旧刑法

 c 賭博犯処分規則

 d 刑法の施行

 e 刑法施行後の賭博とその取締状況

(3) 公判請求された賭博罪適用事例の検討

 ア 1945年以前の公判請求事案

 イ 1946年から1980年までの公判請求事案

 ウ 1981年以降現在に至るまでの公判請求事案

(4) 賭博罪の保護法益・処罰根拠

 ア 序論

 イ 副作用としての汚職

 ウ 灰色判断である場合の弊害

 エ ギャンブル依存

 オ 詐欺賭博

第4章 賭博罪の成否を論ずる視点

1 射倖契約について

(1) 総説

(2) 射倖契約と民法90条との関係

(3) 射倖契約と賭博罪との関係

2 デリバティブ取引への民法90条の適用関係

(1) 業規制の及んでいない取引

デリバティブと賭博罪の成否 (3) (須藤)

(2) 業規制の及んでいる取引

- ア 賭博契約の否定
- イ 業規制に違反した契約の効力
- ウ 不法行為責任追及の可否
- エ 不法行為が成立する場合の刑法上の違法阻却の成否

3 違法阻却の構造

(1) 公営ギャンブル

- ア 総説
- イ 競馬法
- ウ 小型自動車競走法
- エ 当せん金附証票法

(2) バチンコ屋の規制

- ア 総説
- イ 開業規制
- ウ 行為規制
 - a 遊技料金等の規制
 - b 遊技機の規制
 - c 禁止行為
- エ 小括

(3) 麻雀の規制

- ア 麻雀屋に対する風俗営業規制
- イ 賭け麻雀の取締りの実情
- ウ 小括 (以上本号)

6 わが国における賭博罪の適用状況

(1) 序論

本章ではこれまで、デリバティブ取引に係る民事判例、刑事判例等を幅広く概観し、賭博罪の成否との関連を基盤に据えて多面的に検討を加えてきた。本稿はデリバティブ取引について賭博罪の成否との関連を探究しようとするものであるが、ここでいったんデリバティブ取引を離れて、わが国の判例実務において、これまで賭博罪がどのように適用されてきているかを検証してみるこ

も有益であると思われる。

そこで、最初にわが国におけるギャンブルの歴史とギャンブル規制の歴史についてその概要に触れた後に、判例データベースないし公刊物に掲載されている刑法185条及び刑法186条が適用された刑事裁判例について、便宜上、①1945年以前（戦前）、②1946年（戦後）から1980年まで、③1981年以降現在に至るまでの3期に分けて、賭博罪適用事例を分析検討してみようと思う。最後に賭博罪の保護法益・処罰根拠との関連についても検証する。

(2) ギャンブルの歴史

ア 総説

ギャンブルの歴史については、増川宏一著『賭博Ⅱ』（法政大学出版局1982年）が詳しく論じている。以下の記述は、主としてこれに拠らせてもらっている。

人間の長い歴史の中で、賭博が生まれた過程は、占い、神判、競技によって⁽¹⁾いる。原始共同体社会の後期に、共同体の成員が私有物を持つようになった時代に発生したとされる。賭博は遊戯とほとんど同時に誕生している。⁽²⁾⁽³⁾

古代ギリシャも賭博を楽しんだが、賭博罪に該当する犯罪は見当たらない。⁽⁴⁾ローマ帝国では、一応賭博は規制されることになっており、農神祭の間だけ免除されることになっていた。しかし、禁止は厳格には実施されず、多くの皇帝がこれを無視したとされる。⁽⁵⁾

インドではヴェーダの時代はおおらかに賭博を扱ったが、bc6～bc2のウパニシャッドの時代には賭博は罪惡と断定された。⁽⁶⁾仏教は賭博を厳禁した。しかし、⁽⁷⁾大多数の人は耳を傾けなかったようである。

イスラムの賭博観は、財貨をなくしたり増やしたりすること自体はほとんど問題にしていない。ただ、賭博に熱中して、祈りの儀式を怠り、神の恩寵を忘れるゆえに賭博を罪惡としている。⁽⁸⁾

四
三

中世ヨーロッパも賭博を禁止した。しかし、イギリスでは禁令は賭博好きな国民には無意味であったとされ、王室も関与に熱中したという。⁽⁹⁾

ドイツでは14世紀に賭金の制限が定められたが、15世紀の終わりには賭金

デリバティブと賭博罪の成否 (3) (須藤)

が次第に増し、最高限度は守られなくなったという。⁽¹⁰⁾ 14 世紀にはフランクフルトに市の公認賭博場が開店した (15 世紀に廃止)。資本主義的な生産様式がこれまでの社会に芽生え始めたころに、賭博は厳しく取り締まられた。しかし、⁽¹¹⁾ 無制限の禁止は不可能であったとされる。

聖職者、騎士、王侯、貴族が賭博普及の貢献者であり、15 世紀からカード・ゲームがヨーロッパに広まった。これは賭博の一大変革であり、これまでの賭博 (テニス、ビリヤードなど) は微力になりやがて消え、人々は部屋にこもってカード賭博に熱中したという。⁽¹²⁾ カード賭博の禁止令が出されたが、これもカード賭博が盛んであったことを示している。

イギリスで 1599 年に競馬が紳士たちの私的な競走としてはじめられた。⁽¹³⁾ ただ依然としてギャンブルの主流はさいころ、カードであり、非合法的な賭博場はロンドン市内にたくさんあった。18 世紀には普通の市民や紳士たちがあたたかもレストランに行くぐらいの調子で賭博場に足を運んだという。⁽¹⁴⁾ 賭博を享受する会員制クラブが 18 世紀に現れ、ここでは逮捕される心配なく賭博ができた。会員制クラブは数が増えるに連れ、会員資格を厳選することもなくなり、安い入場料を払えばだれでも会員になれて、⁽¹⁵⁾ 実質的には賭博は解禁された。

アメリカでは 19 世紀数字賭博が盛んになり、20 世紀にも続いたが、数字賭博の組織は個人で操作するには大きくなりすぎたので、縄張りに応じて各暴力団に分割されたという。⁽¹⁶⁾

ネバダ州は 1931 年に賭博の禁止を解除した。一方で、1940 年代初めにロサンゼルスは非合法的な賭博場を一掃することに成功したが、ここを根城にしていたマフィア幹部のバグシー・シーゲルにとって痛手であった。バグシーは、ラスベガスに目を付け大ホテル「フラミンゴ」を創った。⁽¹⁷⁾

マフィアは 1880 年代にニューオーレアンズに賭博を手掛ける暴力団として生まれたとされる。イタリア系暴力団であるマフィアは互いに内部抗争を繰り返しながら成長した。1919～1933 年までの禁酒法実施で収入と勢力を拡大した。戦時中は賭博事業によっても利益を得た。その最大の収入源はラスベガスでの合法的な賭博場からの収入という。⁽¹⁸⁾

イ わが国のギャンブルの歴史（明治以前まで）

わが国のギャンブルの歴史については、増川宏一著『賭博Ⅲ』（法政大学出版局1983年）が詳しい。以下の記述は、主としてこれに拠らせてもらっている。

わが国でもト占を起源としてこれが遊戯化して賭博が発生したが、8世紀には少なくともすごろく、囲碁などが行われていた。日本書紀によれば、持統天皇3年（689年）に「双六禁断」とあり、これがわが国最古の賭博禁令とされる⁽¹⁹⁾。

12世紀には社会各層に賭博が広がっており、僧侶も愛好し、武士も双六を好んだ⁽²⁰⁾。流浪して諸国を巡るなかには博打もいた。ただ、完全に職業化した博徒であるか、何らかの芸事を行いながらその傍ら博打をしていたのかは不明である⁽²¹⁾。

13世紀後半から「悪党」とよばれる武装した一団が現われ、活発に活動するようになったが、悪党と賭博は密接なつながりがあった。鎌倉幕府は賭博を禁止したが、一般に賭博を容認する風潮があった⁽²²⁾。

貴族には賭博が許容された。階級社会にあっては、ある行為が被支配階級にとっては犯罪であり、支配階級には娯楽として許容される典型例が賭博であった⁽²³⁾。鎌倉幕府は侍の双六賭博は許したが、下人には永久に賭博が禁止された⁽²⁴⁾。

室町幕府法でも禁制は繰り返し発せられたが、戦国大名の分国法になるとその禁止は一段と厳しさを加え、刑罰も苛酷になり、死罪が行われるようになった⁽²⁵⁾。江戸幕府もこれを受け継ぎ、当初は斬首の刑をもって臨んだといわれる⁽²⁶⁾。江戸時代も後期になると、博奕に対する刑は次第に軽くなり、過料—罰金刑の方向に転化していく⁽²⁷⁾。

賭博人口が増大した江戸時代には賭博者の集団である博徒が多数生まれた⁽²⁸⁾。

四二 賭博で生計を立てようとした者は、村々で賭博常習者を誘いこんで小さな集団をつくった。博徒は一様に長脇差を帯びるようになった。博徒は賭博だけをしていたのではなく、武器を手にして強請、旅人への襲撃、農婦の強奪、強姦、強盗もしばしば行った。そこには任侠の道は全くみられなかった⁽²⁹⁾。農村の博徒

デリバティブと賭博罪の成否 (3) (須藤)

の親分はほぼ 10 キロ四方を縄張りと呼んで賭場を開いてその収益で生計を立てた。⁽³⁰⁾

ウ わが国のギャンブル規制の歴史 (明治維新後)

a 仮刑律～改定律例

わが国は諸外国と比べて賭博禁止について嚴重なる規定を設けている。その理由はわが国民性によるところが大きいとの見解がある。⁽³¹⁾

わが国の明治維新後のギャンブル規制の法令について見ると、明治 3 年 (1870) 10 月に廃止された仮刑律は、「およそ博奕をいたすものは皆、答 50 の刑に処し、その場にあった財物は官が没収する。もし、直接博奕に手を出さなくても賭博のための宿を提供して場所代を取るものも同罪である。賭博の宿を提供する用意をした者は答 20 の刑に処す」旨を規定していた。ここで答とは、木の小枝で尻を打つ刑罰である。⁽³²⁾

次に明治 3 年 (1870) 12 月に定められた新律綱領は、「およそ財物を賭け、博戯を為す者は、皆杖 80 の刑に処す。賭場の財物は官が没収する。賭博宿を開帳する者は、賭博に加わらないといえども同罪とする。飲食を賭ける者はとがめない。もし産業無くして、常に腰刀を挟帯し、無頼の徒を招結し、賭場を開帳し、四隣に横行する者は、皆、流 1 等 (懲役 1 年) に処す」旨を規定した。⁽³³⁾ここでは金銭や物品を賭けることは禁じているが賭博の本質である「偶然の遊び」については、何一つ触れられていない。なお、杖も木の小枝で尻を打つ刑罰である点では答と同じであるが、杖は答よりも太いものを使う。

ここで明治 5 年 5 月 4 日司法省からの「賭博をした華士族は破廉恥甚だしいとして除族に処してきたが、畢竟遊戯の所業を盗賊と同様にも論じ難く苛酷と考えられるので、破廉恥甚だしい部を除き常律と一体に⁽³⁴⁾ 閹刑に処することができるよう改正したいがいかがか」との同に対し、同月 14 日太政官指令は「同ノ通」との回答をしている。⁽³⁴⁾

明治 6 年 (1873) に太政官布告として改定律例が公布された。ここでは「およそ賭博 3 犯は徒 1 年 (懲役 1 年)」とし (269 条)、常習者加重の考え方が採られたほか、⁽³⁵⁾ 地租の安定を考慮してか不動産の所有者を明確にするため、不動

産を賭けた場合は無効にしている（270条）。また、賭博行為そのものを禁ずると共に、原因となる賭博用具の販売も禁止している（271条）⁽³⁶⁾。

その後「賭博は現行犯のみ逮捕」という画期的な指令が明治7年（1874）に出されたところ、現行犯でないと逮捕できないことが賭博の流行に拍車をかけた。博徒は維新後いちだんと強力に地盤を築いたという⁽³⁷⁾。

b 旧刑法

明治13年に公布され明治15年（1882）に施行された旧刑法261条は、「財物を賭して現に賭博をなしたる者は、1月以上6月以下の重禁錮に処し、5円以上50円以下の罰金を付加す。その情をもって房屋を給与したる者また同じ。ただし飲食物を賭する者はこの限りにあらず。賭博の器具財物その現場に在る者はこれを没収す」と定めた。

前述のとおり、「賭博は現行犯のみ逮捕」という指令が明治7年に出されていたが、賭博のまん延を危惧した司法省は明治12年（1879）「賭博犯は現行犯逮捕に限る」という指令はすべて取消」との通達を発した。それでもいったん緩和された賭博取締りは賭博愛好の流れを止めることができなかった⁽³⁸⁾。

c 賭博犯処分規則

明治17年（1884）の太政官布告は、「賭博犯は刑法260条、261条に明文有之候へども、当分の内行政警察の処分に属し、東京は警視庁其他は地方官をして別紙賭博犯処分規則に依り取締懲罰の事を行はしむ」とした。これは、旧刑法260条と261条の一時廃止を意味する⁽³⁹⁾。刑法に基づく賭博犯の摘発としてではなく、行政処分により警察が任意に処罰できるようにしたのである。すなわち「賭博犯処分規則」により、賭博犯は正当な裁判手続によらずに3日以内に処分が決定されることとされ、上告は一切認められていない。賭博行為だけではなく、博徒として仲間を集めた者、それに応じて仲間になった者も処罰することとしている。処分受けた者は「懲役」ではなく「懲罰」（行政処分）として、重禁錮に処せられる者に準じた不明確な罰を受ける。非現行犯の逮捕を許容し、家宅捜索は日没後や日の出前も実行されるようになった⁽⁴⁰⁾。

太政官布告が出された後の賭博犯の逮捕者は明治15年が2万1106人、同

デリバティブと賭博罪の成否 (3) (須藤)

22 年は 3 万 3741 人であり、その間 2~3 万人台で推移した。⁽⁴¹⁾ この数字は、例えば埼玉県に 3000 人の博徒の親分がいるのに対し 55 人のみが検挙されたということの意味する。検挙のための手段や方法は刑法を無視して強引なやり方が許容されたのに、なぜ明治 17 年 (1884) 以降の賭博犯検挙数はそれほど増加しなかったのだろうか。

この点については、政府は博徒が自由民権運動と結びつくことをおそれ、博徒処罰に名を借りて自由民権運動を鎮圧するために「賭博犯取締規則」を布告したとの見方がある。⁽⁴²⁾

賭博犯処分規則は帝国憲法に抵触することとなるため、明治 22 年 (1889) に廃止された。

d 刑法の施行

社会の変遷を理由に、明治 23 年 (1890) 刑法改正草案が完成したところ、賭博罪について第 273 条に単純賭博罪を規定するが、「公の場所における賭博行為の現行犯」を刑事制裁の対象とする点で従来の規定とは異なっていた。⁽⁴³⁾ この点につき説明書は、「賭博罪について現行刑法はいずれの場所においてするを問わず、ことごとく之を処罰することとしたが、元来この罪を風俗を害する罪の中に規定したのは公の場所すなわち衆人の目に触れるべき場所においてこれを行うによっていた。これを密に行う様な者はこれに干渉して罪とするべきではない。けだしその所為は相互の契約をもって自己の財産を処分するにすぎないものだからである。よって改正法は公の場所においてする者に限って処罰することとした」旨を説いている。⁽⁴⁴⁾ ただこの改正草案は第 1 回帝國議会で提出されたが議決に至らず刑法改正作業が続けられた。⁽⁴⁵⁾

その後完成した明治 34 年刑法改正案は、第 214 条で単純賭博罪の構成要件を明確にし、「偶然の輸えいに関し財物をもって博戯又は賭事をなしたる者は百円以下の罰金に処す。ただし一時の娯楽に供する物品を賭したる者はこの限りにあらず」とし、第 215 条で常習賭博罪について新たな構成要件を設けた。⁽⁴⁶⁾ 刑法改正案参考書は修正の理由として、「現行法は単に博奕をなしたる者は云々と規定するので解釈上の疑義を生ずることがしばしばであったから本案は

詳しくこれを規定し偶然の輸えいに関して博戯又は賭事をなしたる者と改めて疑義を避けた。現行法は『現に賭博をなし』云々と規定するため発覚の当時現に博奕をしていなければ罪とならないとの解釈が行われ極めて不便を感じることから本案は『現に』の2字を削りこの弊害を解消した。現行法はただし書きで『飲食物を賭する者はこの限りに非ず』と規定したため遂には飲食物をもって金銭に代用することが行われるに至ったから本案はこの点を改め『一時の娯楽に供する物品を賭したる者はこの限りに非ず』と規定し、飲食物といえども金銭に代用したような場合はこれを罰し、飲食物でなくとも単に娯楽に供する物品であるときはこれを罰しないこととした⁽⁴⁷⁾旨を説いている。215条の常習賭博罪の立法趣旨については、単純賭博罪に比べ弊害がより大きいことが新設の理由とされた⁽⁴⁸⁾。

明治34年刑法改正案は第15回帝国議会で提出されて議決に至らなかったが、ほぼ同一内容で明治39年刑法改正案が作成され、明治40年に両院の議を経て成立し、明治41年(1908)に新しい刑法が施行された。刑法で初めて「偶然の輸えいに関し財物をもって博戯又は賭事をなしたる者」という文言が使われた。また、非現行犯でも逮捕できるようになった。しかし、賭博は衰えず博徒は依然として活発に活動し、明治20年代以降大規模な細張り争いが続出した⁽⁴⁹⁾という。

e 刑法施行後の賭博とその取締状況

チーハー賭博は中国系の賭博であり、明治期に横浜と神戸の中国人居留地で発生し次第に日本人の間に広まった⁽⁵⁰⁾。花札は明治19年(1886)に解禁になって以来、更に日本中で遊ばれるようになった⁽⁵¹⁾。闘鶏は市中でもまだ鶏が飼われていた戦前まで続けられた。

昭和10年代になり日本の賭博史上、賭博が最も衰退した時代を迎える。戦時中、遊技場、飲楽場は閉鎖されるか制限された⁽⁵²⁾。

賭博は敗戦とともに少しずつ復活した。戦前からのサイコロ賭博、花札、カルタ賭博が主流をなした。大都市では「闇市」の利権を巡って新興の暴力集団が生まれ、戦後の博徒集団は再編成された⁽⁵³⁾。

デリバティブと賭博罪の成否 (3) (須藤)

戦後、賭博史上の画期的な変化として公営ギャンブルが登場した。戦後直ちに富くじの発売があり、昭和 21 年 (1946) 10 月に東京と京都で競馬が開催された。競輪、競艇、モーターボートが後に続く。パチンコも大衆娯楽として定着し、昭和 27 年 (1952) にパチンコ店は 4 万 5000 軒を数えた。⁽⁵⁴⁾

昭和 25 年 (1950) の賭博犯は 9538 件であり、戦前の犯罪件数の大きな比重を占めていたのと著しく異なる。⁽⁵⁵⁾ 明治以来の刑法犯検挙人員罪種別構成比の変遷を賭博についてみると、明治 9 年は 27.8% であり、昭和 16 年は 29.5% であり、その間にさほどの変化が見られないのに対し、戦後の昭和 29 年には賭博が 2.6% と大きく後退している。

その原因は賭博史上の画期的な変化としての戦後の公営ギャンブルの登場が大きく影響しているものと思われるが、併せて取締当局の法の適用も変化していると考えられる。⁽⁵⁶⁾ ちなみに検察実務の立場から、娯楽の限度にとどまり、社会に害悪を流すほどのものでないものには目くじらを立てず、暴力団関係者の関与するもの、多額の金銭を賭けるものなど悪質なものに重点を置いた弾力的運用が望ましいとの見解が示されている。⁽⁵⁷⁾ ちなみに賭博罪の全検挙人員中に占める暴力団関係者の比率は、昭和 52 年が 45.8% であったのに対し、昭和 53 年は 55.9% となり、昭和 54 年が 59.2%、昭和 55 年が 58.1% であった。すなわち、昭和 53 年以降は 50% を上回る検挙比率となっており、賭博は暴力団関係者との結びつきが深い罪名となっており、⁽⁵⁸⁾ これが暴力団の資金源を直接突いてこれを絶つとともに、構成員の多数を検挙し、暴力団の徘徊、しゅん動の封圧に大いに貢献していると見られている。⁽⁵⁹⁾ また、昭和 50 年版の犯罪白書 (33 頁) は、賭博及びわいせつ事犯を含む風俗犯罪について、非犯罪化の主張に触れ、「この種の犯罪については、それを非犯罪化することではなくて、世論の動向を注視しつつ、真に悪質な事犯を取締り、運用面において国民の期待とずれを生じないように配慮することが肝心であろう」としている。

公営ギャンブルも 1970 年代から減退の兆候が見られる。余暇活動の多様化、⁽⁶⁰⁾ 不況による娯楽費全体の支出減等が理由とされる。

(3) 公判請求された賭博罪適用事例の検討

ア 1945年以前の公判請求事案

1945年以前（戦前）の公判請求事案は60件ほど見つかったが、判決書から見て、そのうち50件は証券・商品取引といった経済取引とは無関係の遊戯事案である。すなわち、花札・骨牌（カルタ）事案が15件、丁半などサイコロ賭博事案が8件、闘鶏が6件、賭け麻雀4件、賭け将棋1件、チーハーその他の賭博とみられる事案11件のほか、暴力団が賭場を開帳した事案5件が見られた。判決書からは賭博の態様が不明の事案も10件あったがそのうちの大半は経済取引とは無関係のギャンブル事案であるとみて大きな誤りはなからう。

経済取引事案は3件あり、大判大正2年10月7日刑録19輯989頁は、東京取引所の相場の通知を受けて相場的高低により勝敗を決する方法で顧客と相対で定期米の先物取引をした事案について、真の売買ではないとして賭博罪と賭博場開帳罪の成立を認める。大判大正12年2月22日刑集2輯107頁は、取引所によらないで取引所の相場により差金授受の方法により賭博をしようと企図し、大阪株式取引所の株式延取引の相場をもって顧客から株式の売建又は買建の申し込みを受けて証拠金を預かり、向かい玉の方法で顧客と相対取引をした事案について、常習賭博罪の成立を認めている。常習であることから取引所法（当時）32条の5ただし書により、取引所賭博罪ではなく、刑法の常習賭博罪が適用されたものである。大判昭和11年2月27日刑集15巻188頁は、店舗を設けて株式現物売買業を営むXが、売買をする意思なく昭和10年1月から同年8月末ころまでの間、前後200余回にわたり、Aほか数名の顧客から大阪株式取引所の株式短期清算取引の相場によるT社その他数種の株式の売買注文を受け取引所に上場することなく自らその相手方となってその後転売又は買戻しの形式により手仕舞いし差金の授受をした事案について、常習賭博罪の成立を認める。これも取引所法（当時）32条の5の罪が成立するが、常習性が認められて同条ただし書が適用されたものであろう。

蛇足ながら、この時代に富くじ罪（刑法187条）の成否が問題となった事例として、大判大正3年11月17日刑録20輯2139頁は、Xが講元となり1口1

デリバティブと賭博罪の成否 (3) (須藤)

回の掛金を 20 銭と定めて 500 口をもって組とし、抽選により当選者には毎回 30 円以上を交付して脱退させ残余金は講元が取得するという方法で講を営んだ事案につき、「X の行為は富くじ類似行為にすぎないとして刑法の富くじ罪ではなく、青森県警察犯処罰令 1 条 9 号違反罪である」とした。ここでは少しでも経済合理性の見られる講運営に対する富くじ罪適用への消極的態度がうかがえるように思われる。

イ 1946 年から 1980 年までの公判請求事案

1946 年から 1980 年までの公判請求事案は 79 件ほど見つかった。なお、検察統計年報によれば、1980 年の単純賭博事件の公判請求は 55 件であるのに対し、略式命令請求は 4603 件である（したがって、単純賭博は罰金処理が大半であることが分かる。）。1980 年の常習とばく事件の公判請求は 462 件、同年の賭博開帳等（刑法 186 条 2 項の罪）の公判請求は 696 件であった。したがって、ここに紹介する 79 件というサンプル数は決して多いものではないことをここであらかじめお断りしておく。

79 件の公判物掲載事案のうち、判決書から見て、そのうち 53 件は一般にギャンブルと呼ばれる証券・商品取引といった経済取引とは無関係の遊戯事案であった。すなわち、花札・骨牌（カルタ）事案が 23 件、サイコロ賭博事案が 1 件、闘鶏が 1 件、賭け麻雀が 3 件、射的事案が 2 件、野球賭博が 4 件、ゲーム機設置店舗事案 8 件その他の賭博とみられる事案 3 件のほか、暴力団が賭場を開帳した事案 8 件が見られた。判決書からは賭博の態様が不明の事案が 26 件あったがそのほとんどが同様のギャンブル事案であるとみて間違いはないと思われる。

なお、経済取引（売買）を仮装した事案として、広島高判昭和 31 年 12 月 26 日高刑特報 3 卷 24 号 1264 頁は、X が万年筆 1 本を代金 1000 円で販売し、これを購入して代金を支払った者に「たばこくじ」を引かせ、当たりくじを引き当てた場合は賞品として腕時計 1 個又は現金 3000 円を提供し、外れた場合は残念賞として時価 50 円くらいのボールペン 1 本を交付するという取引をした事案につき、X が「本件は景品付又は賞品付の万年筆の売買であって賭博

ではない」旨を主張したのに対し、「万年筆の売買は単に表面を仮装するにすぎないもので、売買に付随する景品というのとは全くその性質が異なる…実際は巧妙な方法で「たばこくじ」に当たるか否かの偶然な勝敗に関し金銭を賭するものに他ならない」として常習賭博罪の成立を認めた。万年筆売買について仮装と見るのが相当な事案であれば、結論は支持できよう。他方仮に、万年筆の仕入れ値が代金に比べて安すぎもせず、景品・商品の価額が比較的少額であって、当該売買を直ちに仮装と見ることができず、賞金付き万年筆の売買と見ることが可能であるような場合には、これが賭博に当たらないと見る余地も出てくるのではないか。その理由は、違法性阻却であって社会的相当性といったものになるのであろうか。

ウ 1981年以降現在に至るまでの公判請求事案

1981年から現在に至るまでの公判請求事案は24件見つかったが、判決書から見て、そのうち23件は証券・商品取引といった経済取引とは無関係の事案であった。すなわち、ゲーム機設置店舗事案が16件、野球賭博が4件、オンラインカジノ事案が1件、選挙賭博が1件、その他の賭博とみられる事案1件が見られた。ゲーム機設置店舗事案が増加しており、新しい形態の営業的な賭博として注目される。経済取引がらみの事案は1件もなかった。

(4) 賭博罪の保護法益・処罰根拠

ア 序論

賭博罪の保護法益については、大別して財産犯の一種に数える見解と風俗犯と解する見解とがある。前者は、本罪の処罰根拠を自己又は他人に財産的危険を及ぼす点におき、後者は健全な経済思想を麻痺させやがて国民経済の機能を損なう等の意味において社会風俗を害する点⁽⁶¹⁾においている。

わが国の通説は後者の見解であり、判例も、「賭博行為は一見各人に任された自由行為に属し罪惡と称するに足りないようにも見えるが、単なる偶然の事情により財物の獲得を僥倖せんと相争うがごときは、国民をして怠惰浪費の弊風を生ぜしめ、健康で文化的な社会の基礎を成す勤労の美風を害するばかりでなく、甚だしきは暴行、殺傷、強窃盜その他の副次的犯罪を誘発し又は国民経

デリバティブと賭博罪の成否 (3) (須藤)

済の機能に重大な障害を与えるおそれすらある」としている（最大判昭和25・11・22 刑集4巻11号2380頁）。

なお、こうした判例の見解は余りにも後見人的発想であるとして、特に単純賭博については非犯罪化すべきとの見解も有力である⁽⁶²⁾。この立場からは、賭博罪について、法律どおりの規制をしようとせず、時々、散発的で、みせしめのために取締りが行われているわが国の実情について、日本社会によく見られる「建て前」と「本音」のたくみな使いわけによって、一見効果的な社会統制が行われているとしても、決して好ましい事態とはいえず、国民の間での遵法意識がいつの間にか鈍磨し、他方、いつ発動されるかもしれない法の適用をおそれて、自由たるべき表現の内容が屈折して歪んだものになりかねないとして⁽⁶³⁾いる。

イ 副作用としての汚職

賭博罪は刑法の保護を求めようとする告訴人がいないという意味で被害者を欠き、告訴人の不在が警察の法執行に際しての汚職、違法捜査を生むおそれがあるとの見解がある⁽⁶⁴⁾。すなわち歴史的に見ても、これまで数知れない多くの禁止令が出されてきたにもかかわらず賭博は止むことがなかったのであり、賭博罪の適用も厳格なものではなく、弾力的な（悪く言えば恣意的な）運用になっており、こうした状況がかえって汚職の原因となることは否めないであろう。

事例について見ると、大判明治36年6月25日刑録9輯17巻1157頁は、巡査が明治34年12月22日夜、賭博現行犯を認知して逮捕したが、懇請を受けて手心を加え解放してやり、収賄したという事案であって、これは旧刑法の時代の事件である。

大判明治44年4月25日刑録17輯659頁は、賭博の検挙を免れようとして警察官に50円を贈った事案について、関係被告人らに対し常習賭博罪とともに贈賄罪、収賄罪の成立を認めている。

大判昭和12年12月24日刑集16巻1746頁は、賭博を認知して取調べに着手したが収賄してこれを中止したという事案である。

昭和57年11月に顕在化した大阪府警の「遊技機汚職事件」は、警察官の腐

敗、墮落、暴力団との癒着の一端を暴露するとともに、賭博遊技機普及の実態を示すこととなり、同年に大阪府警に摘発された賭博遊技機の数から推計して近畿だけで延 200 万人が短期間にゲーム機賭博をしたことになるという。⁽⁶⁵⁾

近時の判例として、福岡地判平成 14 年 11 月 18 日 LEX/DB28085160 は、警察官 X が、違法なバカラ賭博等を行うカジノバーを経営する Y から捜査情報提供の請託を受けて承諾して見返りに現金を受受した事案である。福岡地判平成 15 年 5 月 27 日 LEX/DB28085729 は、同様の事案につき受託収賄罪の成立を認めている。

賭博を非犯罪化してしまえばこうした副作用が生ずる余地は少ない。こうした副作用を生む賭博は密行性に富む類型の事案であるが、デリバティブについてこれを賭博と見る余地があるとしても、一般には、密行性とは親和的でない取引と考えられるので、こうした副作用はあまり想定されないといえようか。

ウ 灰色判断である場合の弊害

近時の新聞報道によれば、パチンコ店を全国展開する会社が香港証券取引所に上場する方針を固めたという。⁽⁶⁶⁾なぜ国内上場ではないのかについては、パチンコ営業の準大手企業がかつて 2005 年に国内の証券取引所（ジャスダック）に上場申請した際、出玉の景品を換金する方法が刑法の賭博罪に抵触する可能性があるとの理由から認められなかったため、国内での上場申請を見送ることとしたらしい。パチンコ業界は賭博との批判をかわすため一般に、「三店方式」という換金方法をとっているところ、これが賭博の脱法行為として違法か否かは理論的に議論の余地が大いにあるが、取締当局である警察が「直ちに違法ではない」として半世紀にわたって黙認し、こうした灰色判断が上場を現在まで困難にしているというのである。

いずれにしても取締当局が、賭博罪の成否が問題となる特定の業態について、判断をあえて灰色にして賭博罪を適用しない運用を継続する場合、これは犯罪と刑罰に関する問題であるから、罪刑法定主義が危機的状況を呈するとともに、⁽⁶⁷⁾他方で、警察に業界天下りなどの利権が生ずることとなる。⁽⁶⁸⁾立法でいずれかに明確にすることが望ましいのであるが、警察は法の支配よりも現在の裁量的な

デリバティブと賭博罪の成否 (3) (須藤)

運用に魅力を感じているためにし、立法化を求めることがなく警察以外の国民の側からも立法化を求める声は上がってこない。

デリバティブについても、賭博罪の成否に関して取締当局及び監督官庁が灰色の判断をして、立法的に取扱いを明確にしないまま、運用によりある取引にお墨付きを与えたり、与えなかったりという対応をとるような場合は、監督官庁や取締当局の不合理な利権を生ずる恐れがないとはいえないであろう。現在でも、例えば、わが国で現行法上、立法的手当なしにデリバティブ商品として死亡債が販売できるかなどは、こうした問題となるのではなかろうか。⁽⁶⁹⁾

エ ギャンブル依存

アメリカでは、1980年代からアメリカの精神医学協会が作成している「精神疾患の分類と診断の手引」の中にギャンブル依存症 (pathological gambling) を入れている。これの最新版 (DSM—IV) は多数の国で翻訳され使用されているところ、診断基準を次のように定めている。⁽⁷⁰⁾

A. 以下のうち5つ (またはそれ以上) によって示される持続的で反復的な不適応的賭博行為。

①賭博にとらわれている (例：過去の賭博を生き生きと再体験すること、ハンディをつけることまたは次の賭けの計画を立てること、または賭博をするための金銭を得る方法を考えることにとらわれている)。

②興奮を得たいがために、掛け金の額を増やして賭博をしたい欲求。

③賭博するのを抑える、減らす、やめるなどの努力を繰り返し成功しなかったことがある。

④賭博をするのを減らしたり、またはやめたりすると落ち着かなくなる、またはいらいらする。

⑤問題から逃避する手段として、または不快な気分 (例：無気力、罪悪感、不安、抑うつ) を解消する手段として賭博をする。

⑥賭博で金をすった後、別の日にそれを取り戻しに帰ってくることが多い (失った金を“深追いすること”)。

⑦賭博へののめり込みを隠すために、家族、治療者、またはそれ以外の人に

嘘をつく。

⑧賭博の資金を得るために、偽造、詐欺、窃盗、横領などの非合法的行為に手を染めたことがある。

⑨賭博のために、重要な人間関係、仕事、教育または職業上の機会を危険にさらし、または失ったことがある。

⑩賭博によって引き起こされた絶望的な経済状態を救うために、他人に金を出してくれるよう頼る。

B. その賭博行動は、躁病エピソードではうまく説明されない。

ギャンブルを楽しむだけでは済まずに、依存症にまでなってしまうには、個人的要因（はまりやすい心の準備性）、種目要因（出会ったギャンブルの高い賭博性）と環境要因（簡単かつ安易に借金ができるという促進的な社会環境）とがある⁽⁷¹⁾とされている。なお、人格障害とは関係がない。うつ病とは合併問題があり、ギャンブルが抗うつ剤の役目を果たすことがある⁽⁷²⁾。

ギャンブル依存症が犯罪を引き起こした例として、沖縄地判平成18・3・29LEX/DB28115237は、大学在学中からスロット遊戯に耽るようになり、自衛官になった後も給料のみならず、サラ金や親、知人などからも借金を重ねていたXが、パチスロ店でスロットをしたが手持ちの金を使い果たし、同店を出たところでV（48歳）が5万円以上の現金を財布に入れるのを見かけ、同人から金員を強取しようと企て、同人を追跡して人気のない路地に至り、同人の頭部を所持のコンクリート片で殴打するなどの暴行を加えて、同人から現金10万6000円在沖の財布を強取し、同人を上記暴行により失血及び気道内への血液吸引による窒息により死亡させたという事案について、弁護人は、「Xはうつ状態を伴う不安神経症、深刻なギャンブル依存症に罹患しており、抗うつ薬の副作用、スロット遊技で散在したことによるストレス等による心神耗弱であった」旨を主張したが、これを排斥して完全責任能力を認めた上、強盗致死罪の成立を認め、懲役20年に処している。

さいたま地判平成20・11・12LEX/DB25440231は、借金を重ねてパチンコ

デリバティブと賭博罪の成否 (3) (須藤)

に費やす生活が続いていた X が、借金返済の重圧にさらされ金欲しさから住居侵入、強盗強姦、窃盗、強盗殺人等の重大事件を敢行した事案につき、無期懲役に処している。この事案でも弁護人は心神耗弱を主張したが、裁判所はこれを排斥して完全責任能力を認めている。

千葉地判平成 22・917LEX/DB25464106 は、ギャンブルに溺れて生活費に窮した挙げ句、X (前科前歴はない。) が、タクシー強盗を 3 件敢行した強盗殺人未遂、強盗被告事件について、X を懲役 17 年に処している。

京都地判平成 24・5・23LEX/DB25481408 は、親元を離れて京都で大学生生活を送っていた X が、学業面での挫折などからパチスロにのめり込み、友人やローン会社のみならず、いわゆるヤミ金からも借金するようになり、金銭に窮する中で、刃物を用いた飲食店での強盗致傷 1 件、強盗 2 件及び強盗未遂 1 件並びに大学内で現金等を盗み取った窃盗 5 件等を敢行した事案について、X はギャンブル依存症と診断された精神状態にあった点や本来は前科のないまじめな大学生であった点などを考慮し、懲役 7 年に処している。

ギャンブル依存症の問題は賭博を非犯罪化すれば解消されるというものではない。これはギャンブルを規制する場合における 1 つのテーマとはいえるであろう。

通説の立場とは異なり、賭博罪の保護法益を財産犯の一種として再構成する見解はこの点を重視する。すなわち、他人の射幸心に付け込んで財産的損害を与える行為、および賭博に耽溺して自己の財産を危うくする行為を罰するものとす⁽⁷³⁾。ただ、これを理由に全面禁止すべきであるとも直ちにはいえない。同じ依存症であるアルコール依存について考えてみた場合、アルコールはその使用、販売等は成人に対しては禁止されていない合法的なものであって、覚せい剤、麻薬といった法禁物ではない。

デリバティブ取引についても、第 3 章 4 (1) で紹介した投機取引の罪の成立を認めた事例や、第 3 章 4 (3) で紹介した住友商事の銅地金取引の事例などに照らした場合、これをギャンブル依存症の問題と無関係なものとすることはできない。デリバティブ取引を投機目的で行うような場合は、失った金を

“深追いすること”の危険性には注意を払う必要があろう。

オ 詐欺賭博

賭博罪の法益侵害性を分析するとき、賭博行為ないし賭博集団がはたしている犯罪の温床的役割を論ずる見解がある。すなわち、賭博は射倖欲の昂ずるところ、手段を選ばぬ偽装賭博やイカサマ賭博の類を生み、果ては喧嘩闘争に発展して血の雨が降ることになるとする。⁽⁷⁴⁾要するに賭博には得てして不正を伴うことがあり、いわゆる詐欺賭博が行われることも少なくないのである。

賭博に詐欺が行われる場合、その手段は千変万化であるが、これを総括すると人と物と処とに大別できるとされる。⁽⁷⁵⁾人についてはその技巧が問題となる。使い手が巧妙であれば、何ら仕掛けのない賭具でも、手品の早業で手段を弄し、思うとおりの結果を得ることができる。いうなれば手品師と詐欺師は術そのものにおいて区別がない。人の問題では仲間を使うこともある。次に、処の関係では、自分の座り場所の関係や、光線の具合を参酌するようである。次に、物の問題では、賭具に加工仕掛けのあるものが用いられるのである。

大判大正12・11・17刑集2巻805頁は、くじ付万年筆(粗悪品)の販売名下に金員を詐取しようとして、販売者役、サクラ役など役割分担した犯人グループが、サクラが購買客を装ってくじを引く際には一等を引かせて公衆の射幸心をあおった上、実際の客にくじを引かせる際にはくじのすり替えにより当たりくじを引かせないという手口で客から金を詐取した事案につき、詐欺罪の成立を認める。

大判昭和9・6・11刑集13巻730頁は、犯人グループが被害者をインチキ賭博に引き込む「アオリ」、愚鈍な金持ち役の「尽大」、胴元役となる「忠兵衛」に役割分担し、被害者を引き込んで「尽大」の反対に賭ければ必ず勝てるというインチキ賭博のやり方を教え、最初は勝たせて最終決戦で大きく負けさせるという鹿追詐欺(インチキ賭博で人を引っ掛けて騙す手口)をAに持ちかけた事案について、詐欺未遂の成立を認める。大判昭和8・11・9刑集12巻2114頁も同様に鹿追詐欺について詐欺・詐欺未遂を認める。

最判昭和26・5・8刑集5巻6号1004頁は、金を賭けた者が1の数字のある

デリバティブと賭博罪の成否 (3) (須藤)

紙玉を拾い上げたときは賭金の3倍相当の金をやり、他の数字が出たときはその賭金は胴元の所得といって客に勝負を勧め、実際には紙玉の取り換えにより客には勝つ機会が全くない方法(モミと称する詐欺賭博)で金を詐取しようとした事案について、詐欺未遂の成立を認める。

名古屋高裁金沢支判昭和34・11・10下刑集1巻11号2339頁は、自己が優秀な技量を有することを秘して技量拙劣な素人相手に花札賭博を行った事案について、賭博罪ではなく、詐欺罪の成立を認める。

静岡地裁浜松支判昭和34・12・26下刑集1巻12号2706頁は、3枚の札の中から当り札を当てさせるいわゆるランプ返しという街頭賭博(3枚の札の置換行為をわざと顧客が目で追い得るような速度で行い、顧客をして左端には当り札が置かれていると思わせ、左端の札に賭ければ賭けに勝てるように誤信させて金を詐取した事案)につき、詐欺罪の成立を認める。

最判昭和43・10・24判時537号86頁は、詐欺賭博で顧客に負けさせ、金銭債務を負担させた事案について、刑法246条2項の詐欺が成立するとした。

東京高判昭和56・3・12刑月13巻3号149頁は、賭具に仕掛けをした上、通常の方法によって行うバカラ賭博であるごとく装って顧客から賭金を詐取した事案について、途中に欺罔行為の介在しない賭博が含まれていても、「正常な勝負を含めて全体として被害者ごとに1個の詐欺賭博が行われたと見て差し支えない…正常な勝負によって取得した金員と詐欺賭博によって領得した金員とを識別することもできない」として全体について詐欺罪の成立を認める。

このように詐欺賭博の事例は過去から現在に至るまでコンスタントに少なからず発生しているといえる。詐欺賭博は、賭博を犯罪として扱うか否かとは関係なく、賭博という射倖行為に伴って発生するものといえよう。

第3章の3(3)で紹介した客殺商法の事例や2012年7月に大きく報道された英国のロンドン銀行間金利(LIBOR)の不正操作問題などに照らせば、デリバティブ取引に関しても、詐欺ないし詐欺類似の不正行為は親和的であると考えられるから、こうした詐欺等に対する規制は厳重に行うべきであろう。

第4章 賭博罪の成否を論ずる視点

1 射倖契約について

(1) 総説

まず、私法上の賭博契約について検討を加えようと思うが、その前に、偶然性そのものを給付の対象とする契約の総称として、私法上射倖契約という概念⁽⁷⁶⁾があるので、射倖契約と賭博契約との関係をみておきたい。

射倖契約の定義は広狭2義があって、出捐の不確実性（偶然性）という要素をもって射倖契約とする見解と出捐の不確実性（偶然性）という要素に加え、その結果としての損益の不確実性（偶然性）という要素までも射倖契約の定義⁽⁷⁷⁾には必要であるとする見解がある。

フランス民法典1964条は、射倖契約として、保険契約のほか、冒険貸借、賭博・賭事、終身定期金契約を列举する。他方、わが国の民法典には「射倖契約」という用語はなく、「賭博」という用語も用いられていない。しかし、わが国の民法の教科書には、射倖契約として賭博・保険・希望売買が例示されて⁽⁷⁸⁾いる。

(2) 射倖契約と民法90条との関係

賭博は射倖契約の1つだが、射倖契約がすべて賭博であって、民法90条により無効となるわけではない。ちなみに、保険契約は一般に賭博契約として無効となるわけではない。偶然の出来事により金銭または財物の授受が行われる点では保険と賭博は共通性をもつが、保険契約は、不確実性を前提として、リスク回避的な主体（顧客）からリスク中立的な主体（保険会社）へ客観的リスクを移転する契約である。保険会社は多くの契約を引き受けることによって、⁽⁷⁹⁾大数の法則によりリスクを分散しているため、リスク中立的に行動することができる。つまり、保険は経済生活の安定を保障するのに対し、賭博は利得と損失との機会が併存することにより生活の不安定を助長する結果となる。

デリバティブと賭博罪の成否 (3) (須藤)

射倖契約は必ずしも公序良俗に反するとの立場に立ってはいない。フランスなど賭事、博戯を無効とする制定法がある法制度の下では、射倖契約一般の効力に関して、当該条文に該当しない限り、当該法律行為は有効であるという消極的意味での適法性が担保されている。これに対し日本は、一般条項（民 90）があるが、一般条項は、原則と例外を定めるという機能を有さず、それ自身で実質判断を行うことになる。形式条文レベルでも、射倖契約と賭博契約は別個の概念であるということが明らかでなく、保険契約を代表とする射倖契約は原則有効で、その中で賭博は無効との制定法上の根拠を有しないのである。これが各種リスク移転型取引の法構造を不明確なままにしている⁽⁸⁰⁾。要するに、日本法では、終身定期金、保険契約といった限定的な形でのみ射倖契約に関する規定が置かれている。

保険契約を賭博や富くじ契約とどのように区別するかも問題となる。この点について、賭博契約は射倖契約の種類ではなく射倖契約の不法原因を示すにすぎないと解する見解がある。この立場からは、賭博は、契約締結の動機において公序良俗に反するところの射倖契約の総称であり、したがって、賭博契約である保険契約もあり得ることになる。⁽⁸¹⁾

デリバティブも当然ながら射倖契約と総称される取引類型に入るであろう。

(3) 射倖契約と賭博罪との関係

刑法 185 条は、平成 7 年改正前は「偶然ノ^{ゆぐい}輸贏ニ関シ財物ヲ以テ博戯又ハ賭事ヲ為シタル者ハ」と規定していたところ、この構成要件が射倖契約をすべて網羅し保険契約も形式上これに含まれると解する場合には、この罰条は明らかに当罰的ではないものを含む構成要件となってしまう。そうすると刑法 185 条自体が、罪刑法定主義に反し憲法 31 条の要求する刑罰法規の適正さに欠け違憲の疑いが出てきてしまうことになりかねない。⁽⁸²⁾

そうすると現行賭博罪を合憲とする穏当な解釈論を採るとすれば、射倖契約の 1 つである保険契約は、「偶然の輸贏に関し」に該当しないとするか、または「博戯又は賭事」に該当しないとしかないとすることとなる。

この点については、一般に、「偶然の輸贏を争うものすなわち博戯又は賭事

であり、博戯・賭事をはなれて偶然の輸贏はありえない」とされ、両者は相即する概念であるとされていた。このため平成7年改正は構成要件の実質を改正したものではなく、用語の平易化のみを狙って「賭博をした者」という単純な表現に改められていると解することができよう。

結局、現行の刑法185条は「賭博をした者」が構成要件であるから、射倖契約はすべて（例えば、保険契約）これに該当するの否かが問題であり、該当しないと解するのであればその理由（賭博との区別の理由）が問題となるのである。ただ刑法各論の教科書等でこの点について明確に触れている学説は少ない。

その中で宮本英脩は、賭博罪の解釈として「経済的冒険すなわち投機的行為は法律上すべてこれを排すべしというのではない。その重要な国民経済的機能を営むもの又は国家政策上特別の必要あるものは固よりこれを承認しないわけにはいかない」として取引所における定期取引や競馬法による馬券の売買などの行為は、「法律上賭博又は富くじに属しない」とする。⁽⁸³⁾ここで「属しない」というのは、ある種の射倖契約は賭博罪の構成要件そのものに該当しないという趣旨であろうか。

そうであるとすれば、この立場は賭博罪の構成要件を限定縮小解釈することにより、当罰的ではない一部の射倖契約について構成要件該当性を排除していることになる。しかし、犯罪成立要件の1つである構成要件の該当性を考える段階で当罰的なものと当罰的でないものとを区別して当罰的ではない射倖契約を排除する理由は、必ずしも明確ではない。「重要な国民経済的機能を営むもの又は国家政策上特別の必要あるもの」という要素も直ちに明確な基準とはいいがたいであろう。これを法令に規定することによって判別基準が明確なものとなるか、どのように規定すれば明確なものとなるのかも問題であろう。

射倖契約のうち私法上の賭博は契約締結の動機において公序良俗に反するものという見解がある。⁽⁸⁴⁾この見解に立つて賭博罪の構成要件を限定縮小解釈するとすれば、民法の公序良俗（民法90条）に違反するかどうかを、ここでの当罰的なものと当罰的でないものとを区別する判断基準として用いることとなる

デリバティブと賭博罪の成否 (3) (須藤)

う。要するに民法からの借用概念である公序良俗違反か否かが区別の基準であって、限定の要素であると解することになる。ただ、この判別基準が罪刑法定主義の理念である明確性を満たすものといえるかどうかは議論が分かれるのではなかろうか。

この立場からは、デリバティブについても公序良俗に反するものであれば賭博罪の構成要件に該当し、公序良俗に反するものでないのであれば賭博罪の構成要件には該当しないということになる。

なお、この区別の基準を不明確と見る場合には、刑法 185 条は当罰的ではない行為を明確には排除しきれていないこととなり、そのことによる構成要件の不明確性が、罪刑法定主義に反し憲法 31 条の要求する刑罰法規の適正さを欠くこととなって違憲の疑いが残ってしまう。

他方、財政上あるいは経済政策上の目的に対応し、その方法が適法であれば、実質的には賭博行為とみなしうるものであっても、その違法性が阻却される場合もあるとする見解がある。⁽⁸⁵⁾ この立場は射倖契約についてそのすべてを刑法の賭博罪の構成要件に該当するものといったんは認めた上で、法令によりその違法性が阻却されると解しているのであろう。この立場は射倖契約のうち当罰的でないもの（例えば、保険契約）を、犯罪成立要件の 1 つである構成要件の該当性を考える段階で排除することをせず、違法性を判断する段階に至って当罰的なものと当罰的でないものとを区別し、当罰的ではないとして排除するのである。ここでの違法性阻却の理由は、刑法 35 条であり法令又は正当な業務による行為ということになる。

デリバティブについても、賭博の構成要件該当性を認めた上で刑法 35 条によりその違法性が阻却されると解するのであれば、その場合の刑法 35 条にいう「法令」とは何か、あるいは、刑法 35 条にいう「正当な業務」と認められるか否かの判別の基準は何かが問題となろう。

2 デリバティブ取引への民法90条の適用関係

(1) 業規制の及んでいない取引

デリバティブ取引に係る違法性阻却の問題については後に検討することとし、その前にデリバティブ取引について、私法上賭博であるとして取引の効力を否定する実質的意義について考察してみる。

このうち業規制の及んでいない取引の場合は、第3章1(1)ウに述べたとおり、投資者保護を特に考慮する必要がないプロ同士の業者間デリバティブ取引については、これを賭博と見て私法上の効力を否定することによる民事救済が相当と考えられるケースがあるといえる。

これに対し投資者保護を考慮する必要がある紛争事例については第3章1(1)ウで述べたとおり、不法行為による損害賠償を認める裁判例が多いので、そのような事案については、必ずしも賭博として私法上の効力を否定する必要がないともいえる。

しかしこうした事例は私法上の賭博行為であることを前提として、説明義務違反等を理由とする顧客の業者に対する不法行為による救済を与えていると解されるのであり、刑事上、賭博罪の成否が問題とされなくてはならないのである。実務の運用がこうした事案に賭博罪を適用しない扱いであるとしても、賭博罪の成否を問題としないわけにはいかない。刑法上のいかなる条文も一般市民によって軽んじられ、破られることは非常に望ましくない⁽⁸⁶⁾のであり、取締当局が気まぐれに恣意的な運用をすることも同様に望ましくない。

そうすると、こうしたデリバティブ事案については、私法上賭博であって公序良俗に反する行為であることから、業者のみならず顧客も賭博罪が成立するか否かが、まず問題となる。

次に、このような場合、当該デリバティブ取引について、違法阻却が認められるか否かはともかくとして、刑法上賭博罪の構成要件に形式上該当するとの立場に立つときは、不法行為をした業者に対し、正当行為であることを理由にして違法性を阻却すると言えるか否かが問題となるのではないか。つまり、私

デリバティブと賭博罪の成否 (3) (須藤)

法上違法性のある不法行為に対し、刑法上違法阻却を認めることは、「違法の統一性」の要請からすれば相当ではないのではないかという問題が潜んでいる⁽⁸⁷⁾ということである。

(3) 業規制の及んでいる取引

ア 賭博契約の否定

業規制の及んでいるデリバティブ取引に係る紛争事例は、第3章1(2)オに述べたとおり、ほとんどが賭博該当性を争点にしておらず、むしろ当該取引を有効なもの(賭博該当性の否定)として紛争解決を図っている⁽⁸⁸⁾のである。例えば、業者の商品先物取引の受託における善管注意義務・忠実義務違反(差玉向かいの説明義務違反など)や無断売買などの契約違反に対して民事救済を与えるには、賭博契約であることを認めず、契約の有効を前提として債務者不履行責任を認めるほうが紛争解決の方向として望ましいといえるのではないか。

イ 業規制に違反した契約の効力

説明義務や適合性原則等の行為規制に違反した受託契約も私法上は有効と解される。理由として、これを無効とすると委託者において当該委託に基づく売買取引により利益が上がったときは無効を主張せず、逆に損失を生じたときに無効を主張するという自体も当然に考えられ、このような結果は当事者の信義公平を害するものとして委託者保護の要請の合理的範囲を超えると考えられる⁽⁸⁹⁾からである。

ウ 不法行為責任追及の可否

例えば、当事者が契約関係にあって本来であれば詐欺取消しによって経済的な損失の回復をすることができるが、不実情報を提供した相手方の行為が民法96条の要件を充たさないために、契約の取消しを主張できず、不法行為に頼るしかないということがある。このような場合、不法行為による救済を認める⁽⁹⁰⁾可否につき学説上は争いがないわけではない。

これとほぼ同様の論点であるが、有効な委託契約に基づいて成立した商品取引員の請求額がすなわち、顧客の取引員に対する不法行為による損害賠償額になるという理論構成には、学説上賛否両論がある。契約が有効に成立している

のに、その契約を成立させた外務員の行為が不法行為になるというのは、どういふことであろうか。

否定説は、契約自体が有効に成立しているとし、かつ外務員の行為の不当性はその契約自体の効力に影響を与えないというのに、同時にその外務員の行為が顧客の判断を誤らせたというのは、甚だしい矛盾であるとする。⁽⁹¹⁾

第3章1(2)で述べたとおり、判例は不法行為による救済を認める立場をとる。投資者保護のための業規制の1つとして、適合性原則がある。この点については、「商品取引員及び被用者は、法規制・自主規制を遵守し、商品取引に十分な知識・経験を有しない者が安易に取引に参入することがないように、また、一般投資家に不測の損害を被らせることがないように努めるべき高度の注意義務を負っており、これに違反する行為を行い、その態様が社会通念上許容される限度を超えるような場合には、その行為は違法性を帯び、不法行為を構成する」とするのが判例実務の立場といえる。

能見は、契約責任がうまく機能しない場合に、不法行為責任を追及できるかが問題となるが、この点は不法行為責任を認めるのが不相当な負担・リスクかどうかは、侵害される法益及び行為の態様との関係で決まるものとする。純粹経済損失に対する不法行為は原則として成立しないという前提から出発するのではなく、純粹経済損失の類型ごとに不法行為の成否を考えていくべきとする。⁽⁹²⁾

河本は、債権侵害による不法行為と同様に考えれば、有効な契約が不法行為の原因となることも説明がつくとして、判例の主流をなす委託契約を有効としつつ、同時に業者側に不法行為が成立するという構成に賛成する。⁽⁹³⁾

エ 不法行為が成立する場合の刑法上の違法阻却の成否

以上、デリバティブ取引について、私法上の法律関係について検討してみたが、賭博であるとして民法90条により契約の効力を否定することなく、適合性原則違反等を理由として顧客の業者に対する不法行為による救済を与える場合、ここでも当該デリバティブ取引について、刑法上賭博罪の構成要件に該当するとの立場に立つときは、業者に対し、これを正当行為として賭博の違法性を阻却すると言えるか否かが問題となるであろう。

3 違法阻却の構造

(1) 公営ギャンブル

ア 総説

公営の競馬等の射倖性のある賭博的競技（いわゆる公営ギャンブル）は、それぞれ特別法によって合法化されている。その理由は、施行の主体が特殊法人又は地方公共団体に限られ、その目的及び収益の使途が、「公益性」と「地方財政の健全化」ということにあること、競技が法により一定の制限の下に行われ射倖性に限度を持たせていること、及び同じく法により「公正の確保」が図⁽⁹¹⁾られていることにあるとされている。

イ 競馬法

競馬法1条1項ないし3項は、日本中央競馬会、都道府県又は指定市町村はこの法律により競馬を行うことができる旨を規定する反面、同条6項は、日本中央競馬会、都道府県又は指定市町村以外の者は、勝馬投票券その他これに類似するものを発売して、競馬を行ってはならない旨を規定する。

日本中央競馬会、都道府県及び指定市町村が競馬法の規定によって行う競馬については、同法1条により、刑法35条の「法令による行為」として賭博罪としての違法性を阻却すると解することに紛れはない。

他方、競馬法30条は、同法1条6項の規定に違反した者（30条1号）、同項の脱法行為をした者（30条2号）及び中央競馬又は地方競馬に関し勝馬投票類似の行為をさせて財産上の利を図った者を、5年以下の懲役又は500万円以下の罰金に処することとしている（いわゆる「のみ行為」の禁止）。

「のみ行為」の処罰の必要性については、「のみ行為を常習的、職業的に行っていれば人間の欲望の本性から勢い大規模にならざるを得ず、結局は、勝負を操作して金を手に入れようとするに至るのであり、規模が大きくなり総部を操作しようとするれば、選手に手を回さなければならなくなる。また、選手を抱き込めるのは結局威圧の力があり、組織と人手のある暴力団以外には難しいとい

うことになり「呑み行為」と暴力団は密接な関係にあるから」とされる。⁽⁹⁵⁾

この競馬法の罰則がなくても「のみ行為」については、一般に刑法185条以下の賭博罪が成立すると解されるが、そのような事案にあっては、特別法が一般法に優先する原則により、特別法としての競馬法30条の罪が成立することにより、通常、刑法の賭博罪は成立しないと解されよう。

のみ行為の常習者について、通常「のみ屋」と呼ばれているようであるが、刑法186条1項より競馬法30条の方が法定刑が重いこともあってか、実務上、刑法186条の常習賭博罪は適用されていないと思われる。

ウ 小型自動車競走法

オートレースについて、小型自動車競走法1条は、「この法律は、小型自動車その他の機械の改良及び輸出の振興、機械工業の合理化並びに体育事業その他の公益の増進を目的とする事業の振興に寄与するとともに、地方財政の健全化を図るために行う小型自動車競走に関し規定するものとする」旨を規定し、3条1項で、「都道府県並びに京都市、大阪市、横浜市、神戸市、名古屋市、都のすべての特別区の組織する組合及びその区域内に小型自動車競走場が存在する市町村（以下「小型自動車競走施行者」という。）は、その議会の議決を経て、この法律により、小型自動車競走を行うことができる」旨を規定する半面、同条2項で、「小型自動車競走施行者以外の者は、勝車投票券その他これに類似するものを発売して、小型自動車競走を行ってはならない」としている。

したがって、オートレースの場合にあっては、小型自動車競走法3条1項に規定する小型自動車競走施行者が同法の規定によって行う小型自動車競走については、同法3条により、刑法35条の「法令による行為」として賭博罪としての違法性を阻却することは明白である。

他方、小型自動車競走法61条は、3条2項の規定に違反した者及び小型自動車競走に関して、勝車投票類似の行為をさせて財産上の利益を図つた者を5年以下の懲役若しくは500万円以下の罰金に処し、又はこれを併科することとして、「のみ行為」を禁止して処罰することとしている。この罰則も、刑法の賭博罪（一般法）の特則といえよう。

デリバティブと賭博罪の成否 (3) (須藤)

同様に、都道府県や市町村が行う自転車競技やモーターボート競技についても、それぞれの法律（自転車競技法・モーターボート競走法）において、刑法 35 条の「法令による行為」として賭博罪としての違法性を阻却することを明示するとともに、のみ行為を禁止・処罰することとしている。

エ 当せん金附証票法

いわゆる宝くじ法である当せん金附証票法（昭和 23 年法律 144 号）1 条は、「この法律は、経済の現状に即応して、当分の間、当せん金付証票の発売により、浮動購買力を吸収し、もって地方財政資金の調達に資することを目的とする」と規定し、4 条 1 項は、「都道府県並びに地方自治法 252 条の 19 第 1 項の指定都市及び地方財政法 32 条の規定により戦災による財政上の特別の必要を勘案して総務大臣が指定する市は、同条に規定する公共事業その他公益の増進を目的とする事業で地方行政の運営上緊急に推進する必要があるものとして総務省令で定める事業（次項及び第六条第三項において「公共事業等」という。）の費用の財源に充てるため必要があると認めたときは、都道府県及び特定市の議会が議決した金額の範囲内において、この法律の定めるところに従い、総務大臣の許可を受けて、当せん金付証票を発売することができる」旨を規定する。

また、同法 6 条 7 項は、「何人も、当せん金付証票を転売してはならない」旨を規定し、同法 11 条 1 項は、「当せん金付証票の当せん金品は、都道府県、特定市若しくは受託銀行等から直接に当せん金付証票を購入した者若しくは当該購入者から贈与を受けた者又はこれらの者の相続人その他の一般承継人に対して、当せんを確認することができる当せん金付証票と引換えに、これを支払い、又は交付する」旨を規定した上で、同法 18 条は、「6 条 7 項の規定に違反し、当せん金付証票を転売した者及び 11 条 1 項の規定に違反し、当せん金品を支払い、若しくは交付し、又は受領した者を 10 年以下の懲役又は 100 万円以下の罰金に処する」旨を規定する。

宝くじの場合にあっても、当せん金附証票法 4 条 1 項に規定する主体が同法の規定に従って発売する宝くじについては、同法 4 条により、刑法 35 条の「法令による行為」として刑法 187 条（富くじの罪）の違法性を阻却すると解

することに異論はなかろう。

同法6条7項の規定に違反し、当せん金付証票を転売した者及び同法11条1項の規定に違反し、当せん金品を受領した者は、同法18条の罰則がなくても、一般に刑法187条3項の罪（富くじを授受した者は20万円以下の罰金又は科料に処する旨を規定する。）が成立すると解されるが、そのような事案にあっては、特別法が一般法に優先する原則により、特別法としての当せん金付証票法18条の罪が成立することにより、通常、刑法の富くじの罪は成立しないと解されよう。

宝くじと同様に、いわゆるサッカーくじについても、スポーツ振興投票の実施等に関する法律において、文部科学省所管の特殊法人「日本体育・学校健康センター」が運営主体となって発売するものについては、刑法35条の「法令による行為」として富くじの罪としての違法性を阻却するものと解することができる。

(2) パチンコ屋の規制

ア 総説

パチンコ屋は、風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律（以下、「風営法」という。）2条1項7号により風俗営業とされており、パチンコ屋を営むに当たっては公安委員会の許可を受ける必要がある。

パチンコ営業の現状をみると全国の営業所の総数は1万6,504軒であり、これらに設置されている遊技機の総数は486万台を超える⁽⁹⁶⁾。

パチンコ営業所の年間売上げ（貸玉料）の合計額は約29兆2,250億円、参加人口は約2,170万人と推定されている⁽⁹⁷⁾。

イ 開業規制

許可の基準としては遊技機の基準が設けられている点において風俗営業一般とは異なっている。

すなわち、公安委員会がパチンコ屋に風俗営業の許可を与えるか否かについての審査を行うに当たり、営業を営もうとする者の人的な要件を審査し、当該許可申請者が過去5年以内に賭博罪等を犯し、刑に処せられた者である場合や

デリバティブと賭博罪の成否 (3) (須藤)

暴力的不法行為を行うおそれがあると認められる者等一定の欠格事由に該当する場合は、許可してはならないこととされている（風営法4条1項）。加えて、営業所に設置される遊技機が著しく射幸心をそそるおそれがあるか否かについても審査することになる。そして、営業所に設置された遊技機が著しく射幸心をそそるおそれがあるものとして国家公安委員会規則で定める基準に該当するときは、公安委員会は、風俗営業の許可をしないことができる（風営法4条4項）。

風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律施行規則（以下、「風営法施行規則」という。）7条が、上記の「著しく射幸心をそそるおそれがあるものとして国家公安委員会規則で定める基準」を規定しているところ、この基準は、許可時の基準であるばかりではなく、風営法20条1項において営業所に設置してはならないこととされている著しく射幸心をそそるおそれのある遊技機の基準でもある。

ウ 行為規制

a 遊技料金等の規制

パチンコ屋を営む業者は、国家公安委員会規則で定める遊技料金、商品の提供方法及び商品の価格の最高限度に関する基準に従ってその営業を営まなければならない（風営法19条）。具体的には、風営法施行規則29条及び国家公安委員会告示たる「遊技料金の基準」に規定がされている。

風営法施行規則が規定する遊技機の種類とは、「ばちんこ遊技機」、「回胴式遊技機」（いわゆるパチスロ）、「アレンジボール及びじゃん球遊技機」及び「その他の遊技機」の4種類であるところ、遊技機の種類に応じて遊技料金の最高額が定められており、例えば、ばちんこ遊技機については玉1個につき4円とされている（風営法施行規則29条1項2号）。

賞品の提供方法については、遊戯の結果として表示された遊技球等の金額と等価の賞品を提供しなければならない。また、客が一般に日常生活の用に供すると考えられる物品のうちから、できる限り多くの種類のものを取りそろえておかなければならない（風営法施行規則29条2項2号）。

賞品の価格の最高限度に関する基準は、1万円を超えないこととされている（同条3項）。

b 遊技機の規制

上述のとおり、著しく射幸心をそそるおそれがあるものとして国家公安委員会規則（風営法施行規則7条）で定める基準に該当する遊技機を設置してその営業を営んではならないこととされている（風営法20条1項）。

ぱちんこ遊技機等の遊技機の増設、交替等の変更を行おうとするときは、新たに設置される遊技機が著しく射幸心をそそるおそれがある遊技機の基準に該当しない旨の公安委員会の承認を受けなければならない（風営法20条10項で同法9条1項を準用）。無承認で変更を行うと6月以下の懲役若しくは50万円以下の罰金又はこの併科に処せられる。

なお遊技機の変更のつど都道府県公安委員会が1台ずつ精査することは負担が大きいことから、同一機種が大量に生産され市場に出回っている現状を踏まえ、都道府県公安委員会が遊戯機やその「型式」について遊技機の基準に該当しないことを認めておき、遊技機の変更においては、当該遊技機が事前に認められた型式と同一のものであることのみを確認する扱いとしている。すなわち、ぱちんこ営業者はその営業所における遊技機につき遊技機の基準に該当しない旨の都道府県公安委員会の認定を受けることができることとし（風営法20条2項）、特に、ぱちんこ遊技機等の型式については、「遊技機の認定及び型式の検定等に関する規則」（以下、「検定規則」という。）の別表において技術上の規格が具体的・定量的に定められ、当該規格への適合の有無によって上記の認定の判断がなされている。

c 禁止行為

ぱちんこ営業を営む者は、①現金又は有価証券を賞品として提供すること、
②客に提供した賞品を買い取ること、③ぱちんこ玉等を客に営業所外に持ち出
させること、④ぱちんこ玉等を客のために保管したことを証明する書面を客に
発行することをしてはならず（風営法23条1項）、①・②の禁止の規定に違反
した場合は、6月以下の懲役若しくは50万円以下の罰金又はこれの併科に処

デリバティブと賭博罪の成否 (3) (須藤)

され(同法49条3項5号)、③・④の禁止の規定に違反した場合は、30万円以下の罰金に処せられる(同条5項4号)。

なお、①に関し警察庁は、「風営法23条1項1号の有価証券には、金地金は含まない」との解釈基準⁽⁹⁸⁾を示している。したがって、警察庁は、換金性のある金地金を賞品として提供することを許容していることになる。

②に関しては、風営法の規制とは別に、各都道府県条例において「賞品の買い取らせ禁止規定」を設けており、例えば東京都の場合は、「客に提供した賞品を買い取らせないこと」という規定があるので、景品買取所とパチンコ屋は無関係にする必要があり、客が景品買取所で換金した賞品をパチンコ店が当該景品買取所から直接仕入れることは違法となる。⁽⁹⁹⁾

そこで、パチンコ業界の実際の営業では、もう1つの店舗(景品卸問屋)を介在させるいわゆる「三店方式」による換金行為が行われている。この三店方式が賭博の脱法行為として違法か否かは理論的に議論の余地が大いにあるが、取締当局である警察が「直ちに違法ではない」として半世紀にわたって黙認し、こうした灰色判断がパチンコ店経営企業の上場を現在まで困難にしていることについては、第3章6(4)イでも触れたところである。

エ 小括

パチンコは賭博であることに異論はないが、風俗営業の許可の方法に従う限り、賭博罪の違法性を阻却するか否かは問題である。この点について学説上、積極の見解もあるが、⁽¹⁰¹⁾多くは正当行為として違法性を阻却する例としてこれを掲げていない。

風営法は、本章3(1)で検討した公営ギャンブルの根拠法である競馬法等とは異なり、行為を正当行為とするために制定された法律とはいえないであろう。ちなみに、風営法にいう「著しく射幸心をそそるおそれがあるものとして国家公安委員会規則で定める基準」も、刑法の賭博罪の解釈とは無関係に定められたものといえよう。取締当局は、存在する賭博罪の適用を裁量的に回避しつつ、風営法の規制の基準に従ってパチンコ営業を取り締まっているのである。

取締当局がパチンコ屋を賭博罪で検挙しないために裁判実務の俎上にのぼら

法学志林 第110巻 第3号

ないのであり、したがって、パチンコが賭博罪という犯罪行為に当たるか否かの問題は、議論しても意味がないとして学説も一般に取り上げないだけの話であろう。

あえて私見を述べれば、パチンコは本質的に賭博であることに異論はなく、風営法は刑法35条にいう「法令」とは認められないから、風俗営業の許可の方法に従った営業であっても、「法令による行為」として違法性を阻却することはないと考える。風営法の規制に従うことにより、賭博罪の構成要件該当性から外れるか否かの点については、賞品が金地金であるような場合は、刑法185条ただし書にいう「一時の娯楽に供する物」とはいえないと解されるので、文理解釈からして該当することとなろう。犯罪の成立を否定するには、実質違法論や違憲論を持ち出す必要があるのではなかろうか。

刑法のいかなる条文も一般市民によって軽んじられ、破られることは非常に望ましくないことである。かといって、万一、取締当局がパチンコ営業及びパチンコ利用客を黙認して事実上賭博罪で検挙しない運用を続けながら、ある日恣意的あるいは象徴的に賭博罪をパチンコに適用するようなことがあるとすれば、一般には、憲法14条及び憲法31条に違反する権限濫用の暴挙であって、これを安易に有罪とするのは正義に反するであろう。

そうであれば、パチンコ合法化の方向での立法的解決が望まれるということであろう。

(3) 麻雀の規制

ア 麻雀屋に対する風俗営業規制

風営法2条1項7号は、まあじゃん屋を「客に射幸心をそそるおそれのある遊戯をさせる営業」として上述のパチンコ屋などとともに風俗営業と規定し、麻雀屋を営むには公安委員会の許可を受けなければならないこととしている。

麻雀屋は、国家公安委員会規則で定める遊技料金の基準（例えば、全自動のまあじゃん台は、客1人当たり1時間につき630円以下）に従ってその営業を営まなければならない（風営法19条）、この規定に違反した者は営業停止等の行政処分を課される。

デリバティブと賭博罪の成否 (3) (須藤)

また、遊戯の結果に応じて客に賞品を提供してはならないこととされ（風営法 23 条 2 項）、この規定に違反した者は、6 月以下の懲役若しくは 50 万円以下の罰金又はこの併科に処せられる（同法 49 条 3 項 6 号）。

風営法は、客に射幸心をそそるおそれのある遊戯として、麻雀に関する禁止規定などを設けていない。そうすると客が麻雀屋でする「賭け麻雀」については、風営法の規定とはかわりなく、刑法の賭博罪の適用が問題となる。

イ 賭け麻雀の取締りの実情

取締りの実情について見ると、あらかじめ店が決めたルールとレートで、知らない人同士が打つ麻雀荘のことをフリー雀荘と呼ぶようであるが、フリー雀荘での賭け麻雀については賭博罪で現行犯逮捕される可能性はあるようである。⁽¹⁰²⁾ 検挙事例はフリー雀荘から暴力団への上納金のことが新聞記事となり警察がこれを捜査したとのことである。

これに対し仲間同士のセットマージャンの場合は常識的範囲内のレートで遊ぶ限りでは逮捕される可能性は限りなく 0% に近い実情にあるようである。⁽¹⁰³⁾

警察当局が客が日常的に賭け麻雀を行う場所である麻雀屋を風営法で規制するにとどめて麻雀営業を全面禁止としていないということは、賭け麻雀を庶民の日常的な楽しみとしてこれを暗黙のうちに許容しているといえないこともない。

国会の法務大臣答弁やそれに関連した警察・検察・裁判所の各担当者のコメントを検討する限り、少なくとも一般人が通常行っているレートの麻雀（100 点 5 円ないし 10 円）で逮捕されたり処罰されたりする可能性はほとんどないといえようか。⁽¹⁰⁴⁾

いいかえれば賭け麻雀に関しては、刑法 185 条が一般市民によって無視されて日常的に破られている実情にあり、これは見方によっては非常に望ましくない事態であるということである。かつ警察当局が、一般的レートであっても刑法 185 条が存在する限り、これを国民に対し不意打ち的に適用して逮捕し処罰することが可能であるという点が問題なのである。

ウ 小括

ここでは合法か否かがあいまいなパチンコとは異なり、法令により合法化はされていないことから賭け麻雀は、一般に刑法の賭博罪が成立することに異論はない。

しかるに取締りの実情は、一般人が通常行っているレートによる賭け麻雀に対しては、事実上非犯罪化がされているとってよかろう。仮に、これに対する極めて恣意的な検挙があったとすれば、起訴は正に公訴権の濫用であり、実体的にも可罰的違法阻却が認められてしかるべきであろう。

- (1) 増川宏一著『賭博Ⅰ』（法政大学出版局 1980 年）158 頁。
- (2) 増川・前掲 164 頁。
- (3) 増川・前掲 263 頁。
- (4) 増川宏一著『賭博Ⅱ』（法政大学出版局 1982 年）32 頁。
- (5) 増川・前掲『賭博Ⅱ』44 頁。
- (6) 増川・前掲『賭博Ⅱ』93 頁。
- (7) 増川・前掲『賭博Ⅱ』102 頁。
- (8) 増川・前掲『賭博Ⅱ』113 頁。
- (9) 増川・前掲『賭博Ⅱ』127 頁。
- (10) 増川・前掲『賭博Ⅱ』150 頁。
- (11) 増川・前掲『賭博Ⅱ』162 頁。
- (12) 増川・前掲『賭博Ⅱ』196 頁。
- (13) 増川・前掲『賭博Ⅱ』228 頁。
- (14) 増川・前掲『賭博Ⅱ』236 頁。
- (15) 増川・前掲『賭博Ⅱ』248 頁。
- (16) 増川・前掲『賭博Ⅱ』340 頁。
- (17) 増川・前掲『賭博Ⅱ』378 頁。
- (18) 増川・前掲『賭博Ⅱ』390 頁。
- (19) 増川宏一著『賭博Ⅲ』（法政大学出版局 1983 年）5 頁。
- (20) 増川・前掲『賭博Ⅲ』24 頁。
- (21) 増川・前掲『賭博Ⅲ』27 頁。
- (22) 増川・前掲『賭博Ⅲ』42 頁。
- (23) 増川・前掲『賭博Ⅲ』66 頁。
- (24) 増川・前掲『賭博Ⅲ』80 頁。
- (25) 網野善彦ほか著『中世の罪と罰』（東京大学出版会 1983 年）115 頁〈網野〉。
- (26) 網野ほか・前掲 115 頁〈網野〉。

デリバティブと賭博罪の成否 (3) (須藤)

- (27) 網野ほか・前掲 119 頁〈網野〉。
- (28) 増川・前掲『賭博Ⅲ』180 頁。
- (29) 増川・前掲『賭博Ⅲ』193 頁。
- (30) 増川・前掲『賭博Ⅲ』250 頁。
- (31) 尾佐竹猛は、「日本人はかくのごとくに乾坤一擲の快挙を欲する国民である。それが段々と理想的に詰り詰りて畢竟、宵越しの金は使わないという様な江戸っ児気性となった…宵越しの金は使わぬというても、金は是非要る…それについては面倒臭い細い計算によって僅かの金を得るよりは、最も賭博が近道であるというような結論になる」とする（尾佐竹猛著『賭博とスリの研究』（新泉社 1969 年）18 頁）。
- (32) 増川・前掲『賭博Ⅰ』51 頁。藤田弘道著『新律綱領・改定律例編纂史』（慶応義塾大学出版会 2001 年）135 頁。
- (33) 増川・前掲『賭博Ⅰ』53 頁。藤田・前掲 135 頁。
- (34) 林弘正著『改正刑法假案成立過程の研究』（成文堂 2003 年）370 頁。
- (35) 林・前掲 372 頁は、改定律例 269 条が、なぜいわゆる常習賭博規定を設けたのかは、必ずしも明らかではないとする。
- (36) 増川・前掲『賭博Ⅲ』264 頁。藤田・前掲 253 頁。石原一彦ほか編『現代刑法大系第 4 巻 社会生活と刑罰』日本評論社 1982 年所収「ギャンブルと刑法」232 頁〈小谷文夫〉。
- (37) 増川・前掲『賭博Ⅲ』268 頁。
- (38) 増川・前掲『賭博Ⅲ』272 頁。
- (39) 増川・前掲『賭博Ⅲ』301 頁は、「近代国家としてあり得ないことで、これは明治維新による賭改革を否定するほどの重大な意味を持っている」とする。
- (40) 増川・前掲『賭博Ⅲ』302 頁。
- (41) 増川・前掲『賭博Ⅲ』303 頁。
- (42) 増川・前掲『賭博Ⅲ』308 頁。宮崎学著『ヤクザと日本』（ちくま新書 2008 年）169 頁も、「この布告によって農民騒擾・民権運動激化事件に結びつく恐れのある博徒集団を選別的に取り締まった」とする。
- (43) 林・前掲 377 頁。
- (44) 林・前掲 378 頁。
- (45) 林・前掲 379 頁。
- (46) 林・前掲 379 頁。
- (47) 林・前掲 380 頁。
- (48) 林・前掲 380 頁。
- (49) 増川・前掲『賭博Ⅲ』318 頁。
- (50) 増川・前掲『賭博Ⅲ』319 頁。
- (51) 増川・前掲『賭博Ⅲ』321 頁。
- (52) 増川・前掲『賭博Ⅲ』334 頁。
- (53) 増川・前掲『賭博Ⅲ』337 頁。
- (54) 増川・前掲『賭博Ⅲ』340 頁。
- (55) 増川・前掲『賭博Ⅲ』339 頁。

法学志林 第110巻 第3号

- (56) 団藤重光責任編『注釈刑法(4)』(有斐閣1965年)327頁〈小暮得雄〉。野村稔著『刑法各論[補正版]』(青林書院2002年)365頁は、「かつては処罰対象とされていた射幸心の実現が「適法な」公営賭博に向けられるようになったことを示し、賭博が抑止困難なものであることを示している。結局のところ、現行法は「法律に基づかない賭博」を処罰するものとなっている。」とする。
- (57) 石原一彦はか編『現代刑罰法体系第4巻社会生活と刑罰』日本評論社1982年所収「ギャンブルと刑法」249頁〈小谷文夫〉。
- (58) 昭和56年版犯罪白書33頁。
- (59) 佐藤幸雄「賭博犯罪の現状と周辺の諸問題」(法律のひろば24巻9号15頁)。
- (60) 増川・前掲『賭博Ⅲ』341頁。
- (61) 団藤責任編・前掲327頁〈小暮〉。
- (62) 宮沢浩一「たとく・おいせつの犯罪についての非犯罪化」(自由と正義24巻1号51頁)。
- (63) 宮沢・前掲50頁。
- (64) 石原はか編・前掲243頁〈小谷〉。
- (65) 増川・前掲『賭博Ⅲ』344頁。
- (66) 朝日新聞 2012年7月7日 首都圏版夕刊。
- (67) 宮沢・前掲50頁参照。
- (68) POKKA 吉田著『パチンコがなくなる日』(主婦の友新書2011年)17頁。
- (69) マイケル・サンデル著・鬼澤忍訳『それをお金で買いますか』(早川書房2012年)224頁参照。
- (70) 高橋三郎=大野裕=染矢俊幸訳『DSM—IV精神疾患の分類と診断の手引』(医学書院1995年)220頁。
- (71) 田辺孝著『ギャンブル依存症』(生活人新書2002年)91頁。
- (72) 田辺・前掲95頁。
- (73) 平川宗信著『刑法各論』(有斐閣1995年)302頁参照。ただ平川(同著)は、更に処罰範囲を限定し、賭博の処罰は、本人が賭博に耽溺して自由意思を失うおそれがある場合に限定すべきであり、そのおそれの少ない単純賭博は非犯罪化されるべきとする。
- (74) 小暮得雄「現代における賭博罪の意味をめぐって」(ジュリスト453号54頁)。
- (75) 尾佐竹匡著『賭博とスリの研究』(新泉社1969年)56頁以下。
- (76) 西原慎治著『射幸契約の法理』(新書出版2011年)1頁。
- (77) 西原・前掲10頁。
- (78) 我妻栄著『債権各論上巻』(岩波書店1954年)50頁。
- (79) 西嶋梅治著『保険法第2版』(筑摩書房1980年)8頁。
- (80) 西原・前掲166頁。
- (81) 日本保険学会編『日本保険学会創立30周年記念論文集』(印刷局朝陽会1971年)所収「射幸契約」(棚田良平)190頁。
- (82) 西田則之著『刑法総論第二版』(弘文堂2010年)59頁。
- (83) 宮本英諦著『刑法学概論』(弘文堂書房1931年)746頁。
- (84) 前掲・日本保険学会編190頁〈棚田〉。

デリバティブと賭博罪の成否 (3) (須藤)

- (85) 香川達夫著『刑法講義(各論)』(成文堂 1982 年) 272 頁。
- (86) 『賭け事に関する英国王室委員会報告書』(全国競輪施行者協議会発行 1968 年) 149 頁。
- (87) 中山研一著『新版口述刑法総論 [補訂 2 版]』(成文堂 2007 年) 122 頁。
- (88) 最判平成 21・7・16 民集 63 巻 6 号 1280 頁。
- (89) 『上柳克郎先生還暦記念 商事法の解釈と展望』(有斐閣 1984 年) 所収「証券・商品取引の不当勧誘と不法行為責任」(河本一郎) 490 頁。
- (90) 『前田庸先生喜寿記念 企業法の変遷』(有斐閣 2009 年) 所収「投資家の経済的損失と不法行為法による救済」(能見善久) 315 頁。
- (91) 『上柳克郎先生還暦記念』(河本)・前掲 495 頁。
- (92) 『前田庸先生喜寿記念』(能見)・前掲 342 頁。
- (93) 『上柳克郎先生還暦記念』(河本)・前掲 499 頁。
- (94) 田中雄一「公営競技と不正防止」(ジュリスト 453 号) 57 頁。
- (95) 田中・前掲 60 頁。
- (96) 風俗問題研究会著『風営適正化法ハンドブック [全訂版]』(立花書房 2005 年) 44 頁。それぞれ平成 14 年末現在, 警察庁調べ。
- (97) 風俗問題研究会・前掲 44 頁。平成 14 年, 財団法人社会経済生産性本部調べ。
- (98) POKKA 吉田・前掲 52 頁。
- (99) POKKA 吉田・前掲 59 頁。
- (100) POKKA 吉田・前掲 60 頁。
- (101) 青柳文雄著『刑法通論Ⅱ各論』(泉文堂 1963 年) 279 頁。
- (102) 津田岳宏著『賭けマージャンはいくらから捕まるのか?』(遊タイム出版 2010 年) 9 頁。
- (103) 津田・前掲 34 頁。
- (104) 津田・前掲 67 頁。